



Conciliation et procédures orales

Yves Strickler, Marcel Foulon

► To cite this version:

Yves Strickler, Marcel Foulon. Conciliation et procédures orales: Le décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale.. Conciliation et procédures orales, Feb 2011, LYON, France. hal-00599698

HAL Id: hal-00599698

<https://hal.science/hal-00599698>

Submitted on 17 Jun 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Formation ENM, Lyon 17-02-2011

Conciliation et procédures orales

le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 *relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale*

avec la participation de : Yves Strickler, Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis, Marcel Foulon, Président de chambre à la Cour d'appel de Paris, Mme Catherine Grosjean, Vice-présidente du Tribunal d'Instance de Villeurbanne et Mme Elisabeth Gauchet, Conciliateur, Formatrice des conciliateurs.

Le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 *relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale* présente un lien marqué entre oralité et conciliation¹ : dans une procédure orale, où les parties sont normalement présentes, l'échange peut conduire à un dialogue et donc, vers un rapprochement voire une tentative de conciliation. Mais dans le même temps, la présence habituelle des auxiliaires de justice dans les procédures orales a conduit à y apporter leurs techniques de travail et, ce faisant, la question de la place et de la valeur de l'écrit dans ces procédures.

Le texte résulte des travaux de la **Commission présidée par le Recteur Serge Guinchard**, et plus spécialement des propositions n° 27 (pour la sécurisation des procédures orales –création de règles communes à toutes les procédures orales - développement et consolidation des échanges écrits notamment pour permettre une mise en état sécurisée et une dispense de comparution des parties) et n° 47 à n° 52 pour les modes alternatifs de résolution des litiges :

(47) *Création d'une nouvelle procédure de règlement amiable des litiges : la procédure participative de négociation assistée par avocat*,

(48) *Consécration de la place des conciliateurs de justice dans le procès civil et l'organisation judiciaire, avec :*

- *généralisation à toutes les juridictions de la délégation de la conciliation au conciliateur ;*
- *désignation, par le premier président de la cour d'appel, d'un magistrat coordonnateur ;*
- *possibilité pour un conciliateur de s'adjoindre un autre conciliateur (traitement des dossiers les plus lourds et apprentissage de la pratique de la conciliation) ;*
- *un PV d'accord des parties pouvant résulter d'un échange de courriers annexés (très utile en droit de la consommation où les entreprises ne se déplacent pas, mais écrivent) ;*
- *transmission au tribunal par le conciliateur de justice, en cas d'échec d'une tentative de conciliation extrajudiciaire, de la requête conjointe des parties aux fins de jugement et création d'une passerelle entre la tentative préalable de conciliation et la saisine du tribunal aux fins de jugement ;*
- *simplification du formalisme du renvoi vers un conciliateur de justice ;*
- *consécration de la pratique de la « double convocation » : quand l'instance n'est pas*

¹ **Bibliographie indicative :** D. D'Ambra, « Conciliation et médiation – droit interne », in *Dalloz Action*, n° 325 s. ; N. Fricero, « Le décret du 1^{er} octobre 2010 : une justice conciliatoire modernisée », *Droit et procédures* 2011, p. 2 ; N. Gerbay, « Premières vues sur le décret du 1^{er} octobre 2010 [...] », *Gaz. Pal.* 12 oct. 2010 n° 285, p. 17 ; C. Bléry, « Conciliation et procédure orale [...] », *JCP-G* 2010. I. 1044 ; I. Kitamura, « L'avenir de la justice conciliationnelle », in Mél. F. Terré, *éd. Techn. et PUF*, 1999, p. 814 ; « Notion et régime de la conciliation », 2^e journées franco-japonaises, *RID comp.* 1988, vol. 10.

précédée d'un préalable de conciliation, dès saisine de la juridiction, un renvoi des parties est opéré devant un conciliateur, sans recueil formel de leur accord (1^{re} convocation), tout en leur donnant une date d'audience (2^e convocation), soit aux fins d'homologation de leur accord, soit aux fins de jugement (aucune conséquence ne pourrait être tirée par le juge d'un défaut de passage devant le conciliateur).

(49) Ces propositions visent surtout à conforter la médiation par :

- désignation du magistrat coordonnateur et d'un référent au sein de chaque TGI ;*
- établissement de listes de médiateurs par TGI ;*
- généralisation du pouvoir, aujourd'hui reconnu au juge en matière familiale, d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur, pour une réunion (gratuite) d'information sur la médiation.*

(50) Création d'un dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire.

(51) Consacrer la pratique de la double convocation en matière familiale, comme en matière de conciliation.

(52) Obligation de recourir à la médiation familiale pour les actions tendant à faire modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, précédemment fixées par une décision de justice.

Première partie : la « conciliation » ou l'incohérence d'une réforme

« Le procès a donc des éléments de durée. Vous aurez le temps de vieillir dans les chagrins les plus cuisants... Dans ces conditions je crois qu'une transaction serait pour vous le meilleur déroulement du procès » (Derville, avoué, au colonel Chabert. Balzac).

La notion de temps, qui est fondamentale, ne doit jamais être oubliée.

La première partie du décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 constitue un de ces « développements » redoutés par le Doyen Carbonnier qui voyait dans les procédures alternatives à la solution des litiges (les « alternatives dispute resolution » de droit anglo saxon), « une sorte d'acharnement, non pas thérapeutique mais conciliatoire, ré conciliatoire, unanimiste, qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix » (*Le NCPC : 20 ans après*, La documentation française, p. 16).

Pourtant un vieil adage décliné sous diverses formes proclame que : « Accord vaut mieux que plaid » (« mauvais accord vaut mieux que bon procès ») et il est logique, quoiqu'en disent certaines Robes empesées qui persistent à penser que le juge n'a d'autre rôle que celui de juger et l'avocat d'autre fonction que celle de plaider. Relancer la pratique de la conciliation est donc une idée louable. Mais fallait-il un texte pour cela ?

Ce texte me direz-vous, était nécessaire pour rendre logiques diverses dispositions qui ne l'étaient pas. C'est vrai. Et la chancellerie, sans barguigner affirme que le décret « donne une meilleure lisibilité » (circulaire du 24-01-2011 n°CIV/15/10) !

Il n'y aurait pas à s'arrêter à cette antiphrase si la cacophonie des solutions procédurales proposées se bornait à violer la logique et si elle ne compliquait pas la pratique.

Il convient au préalable et pour se comprendre de s'entendre sur les mots.

. la circulaire emploie le mot « conclusions » (art. 815-TGI et 909-appel pour désigner des « écritures » (pages 21–conclusions récapitulatives et 22-dernières conclusions), cf. ce qui

sera dit sur l'oralité *infra* ;

. se méfier du mot « requête » qui ne signifie pas forcément procédure non contradictoire mais signifie souvent « demande ».

Vous voulez, Acis, me dire qu'il fait froid ; que ne me disiez-vous : « il fait froid » ? Vous voulez m'apprendre qu'il pleut ou qu'il neige ; dites « il pleut, il neige » (La Bruyère, *De la société*, §7).

La première partie du décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 peut donc être appréciée selon une approche corrosive ; elle peut aussi l'être dans une dimension plus générale, comme la manifestation de la volonté du législateur de faire une place au rapprochement de ceux qui s'opposent.

Sans pour autant entrer dans le détail des distinctions et similitudes existant entre les nombreux procédés de règlement des différends², il convient d'attirer l'attention sur la tendance à recourir à des techniques réputées plus souples et plus rapides que la procédure applicable devant les juridictions étatiques, sans compter l'argument économique du coût moindre des conciliateurs « bénévoles » et une forme d'espoir que le contentieux ne renaîtra pas lors de l'exécution. Cette tendance à « l'évitement du juge »³ se manifeste dans des domaines extrêmement variés. La faculté offerte aux parties de transiger (art. 2044 et s. C. civ.), de se concilier⁴, ou de compromettre (art. 2059 et s. C. civ. ; art. 1422 et s. CPC)⁵, sont autant de « modes alternatifs de règlement des litiges »⁶.

La mise en place de multiples institutions spécifiques est animée par une volonté identique : aboutir à un règlement d'ensemble du litige en recueillant, si possible, l'adhésion des parties à la solution envisagée⁷. Ce fort mouvement, tant d'opinion que législatif, en faveur de la recherche d'une solution amiable lorsqu'un litige naît, n'est toutefois pas récent et l'historique de la conciliation permet de constater que cette propension à favoriser le rapprochement des litigants suivant le principe qu'il « vaut mieux s'entendre que plaider » a été une préoccupation permanente.

La forme classique du lien d'instance se caractérise par une relation triangulaire mettant aux prises les plaideurs, confrontés à leur juge. Mais dans le même temps, la décision judiciaire a toujours été considérée comme un « mode extrême de règlement des différends »⁸. La tendance libérale découlant de la pensée révolutionnaire a imposé l'idée que la fraternité étant supérieure à la contrainte, le recours à un procédé d'arbitrage constitue, selon les termes mêmes de l'art. 1^{er} de la loi des 16 et 24 août 1790, le « moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens »⁹. La conciliation comme « paradigme de justice »¹⁰.

Toutefois, si cette manière de résoudre une querelle apparaît souvent importante, tant pour le

² V. G. Blanc, « La conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux », *RTD com.* 1987. 173 ; B. Oppetit, « Arbitrage, médiation et conciliation », *Rev. arb.* 1984. 307.

³ N. Fricero, « Le décret du 1^{er} octobre 2010 : une oralité sécurisée, une conciliation modernisée ».

⁴ Avant tout procès, mais aussi, art. 127 CPC, « tout au long de l'instance ». Sur l'offre judiciaire de conciliation après clôture des débats, v. P. Estoup, « L'offre judiciaire d'amiable composition et de conciliation après clôture des débats », *D.* 1987. Chron., 269.

⁵ Sur ce dernier point, v. Ch. Jarosson, « La notion d'arbitrage », th. Paris, *L.G.D.J.*, 1987.

⁶ V. P. Level, « A propos de la médiation dans la vie des affaires », *JCP-E* 1989. II. 15615, n° 5 et s.

⁷ Ainsi, le Médiateur de la République, le médiateur créé en matière de cinéma, les conciliateurs médicaux, le conciliateur dans la procédure de prévention et de règlement amiable des difficultés des entreprises, ou encore la commission d'examen des situations de surendettement des particuliers,...

⁸ P. Bellet, « Les conciliateurs en France », in Coll. Pau, 1981, *Economica*, 1983, p. 37 et s.

⁹ Sur la période révolutionnaire : A. Coutet, « De la conciliation en matière civile », th. Paris, 1936, p. 10 et s.

¹⁰ F. Ruellan, *JCP-G* 1990. I. 3431.

justiciable¹¹ que pour le législateur, la doctrine ou le juge¹², l'examen de la pratique des juridictions a parfois révélé une relative distance entre les espoirs de chacun et la réalité des faits.

Ainsi, alors que la loi des 16 et 24 août 1790 avait instauré un préliminaire obligatoire de conciliation pour toutes les affaires relevant de la compétence des tribunaux de district¹³, le peu d'enthousiasme dont firent preuve les plaideurs conduisit en 1949 (loi du 9 fév.) à la suppression de ce procédé, qu'on avait pris l'habitude de nommer « la grande conciliation », exception faite de certaines juridictions (conseils de prud'hommes, juges de paix, tribunaux paritaires de baux ruraux) et des textes spéciaux (par exemple, en matière de divorce)¹⁴.

A l'inverse, la « petite conciliation » pratiquée pour les affaires venant en justice de paix n'était pas, à l'origine, obligatoire ; c'est la pratique des juges de paix qui lui a progressivement conféré ce trait¹⁵. L'attitude ainsi adoptée par ces magistrats a été consacrée par l'article 17 de la loi du 25 mai 1838, avec un caractère facultatif dans un premier temps, puis obligatoire avec l'intervention de la loi du 2 mai 1855. Mais lorsqu'en 1958 la réforme de l'Organisation judiciaire a substitué des tribunaux d'instance aux justices de paix, la part de la conciliation dans l'activité de ces juges s'est rapidement trouvée considérablement amoindrie, à telle enseigne que le décret n° 75-1122 en date du 5 décembre 1975 est venu supprimer la conciliation obligatoire devant ce juge.

L'engouement actuel que suscite la recherche d'une solution amiable lorsqu'un litige s'élève suppose que l'on précise les techniques dont dispose le juge pour atteindre l'objectif poursuivi. Cet engouement ne doit cependant pas empêcher de poser quelques questions moins politiquement correctes, comme celle du déséquilibre entre les parties à un conflit, disposant d'informations de qualité inégale ou économiquement inégales, situation qui peut conduire le faible à accepter une solution qui ne lui est pas pleinement satisfaisante (il faudra, derrière, oser repenser la question des actions de groupe).

Il ne sera évidemment pas question ici d'arbitrage, puisque tant en théorie qu'en droit positif français, la sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire : si les plaideurs disposent de la liberté de recourir à un arbitre, la décision qu'il sera amené à rendre constituera un acte juridictionnel auquel les parties doivent se soumettre¹⁶. Et si l'on constate une certaine « dérive transactionnelle de l'arbitrage » en raison du « confort » que la découverte d'un consensus entraîne¹⁷, il n'en demeure pas moins que la décision élaborée par l'arbitre s'impose aux parties¹⁸.

L'hypothèse dans laquelle le juge statue en amiable compositeur ne retiendra pas davantage notre attention, car si les parties s'accordent pour « conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur » (art. 12, al. 5 CPC), la décision rendue en équité s'imposera à elles, sous réserve d'appel (« si elles n'y ont pas spécialement renoncé », art. 12, al. 5 CPC *in fine*)

¹¹ N. Bonnart-Pontay, « Le règlement des litiges en dehors des tribunaux : l'expérience des conciliateurs en France », in Coll. Pau, 1981, *Economica*, 1983, p. 45 et s.

¹² G. Bolard, « De la déception à l'espoir : la conciliation », in Mél. P. Hébraud, Toulouse, 1981, p. 47.

¹³ La nécessité de procéder à une tentative de conciliation a été renforcée par l'article 6 de la Constitution de 1791, les articles 86 et s. de la Constitution de 1793 et l'article 215 de la Constitution de 1795.

¹⁴ Loi n° 49-178 du 9 fév. 1949, *JO* du 10 fév., p. 1499.

¹⁵ H. Guérard, « Manuel Technique de la justice de paix », éd. 1955-1956, *Librairies Techniques*, 1955.

¹⁶ P. Hébraud, obs. in *RTD civ.* 1971. 416 ; Ch. Jarosson, *op. cit.*, n° 174 et s., p. 101 et s. ; A. Lorieux, « Place de la Médiation dans le Procès Civil », *Gaz. Pal.* 1991. 1. Doctr., 66 ; rapp. Ph. Fouchard, « L'arbitrage judiciaire », in Mél. P. Bellet, *Litac*, 1991, p. 167, spéc. p. 184 ; v. aussi T.G.I. Paris, 1^{re} Ch., 1^{re} Sect., 14 mars 1984, *Rev. arb.* 1984. 382, spéc. p. 385, les quatrième, cinquième et sixième motifs.

¹⁷ P. Level, *préc.*, *JCP-E* 1989. II. 15615.

¹⁸ Et ce dès l'instant de la stipulation de la convention d'arbitrage, compromis ou clause compromissoire.

ou d'irrégularité sanctionnable¹⁹.

On signalera cependant l'apparition dans notre droit du concept de procédure participative : la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 *relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires* ajoute au Code civil un Titre XVII dans le Livre III, Titre relatif à « la convention de procédure participative ». Cette convention, exclue pour le contrat de travail (art. 2064 C. civ.), est définie par l'article 2062 comme « une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ». Et cette convention, qui « est conclue pour une durée déterminée », suppose l'assistance d'un avocat (art. 2064). « Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige », sous réserve des mesures d'urgence ou conservatoires qui pourraient être nécessaires (art. 2065). L'article 2238 du Code civil suspend ici (appl. au plus tard le 01-09-2011) la prescription à compter de la conclusion de la convention et le délai de prescription recommencera « à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois ».

Article 2238 :

« La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation.

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée ».

En cas d'accord, celui-ci peut être homologué par le juge (art. 2066) ; dans le cas contraire, les parties « sont dispensées de la conciliation ou de la médiation préalable le cas échéant prévue » par les textes (même art., qui est inapplicable en matière de divorce ou de séparation de corps, selon l'art. 2067).

L'aide juridique peut être accordée dans la perspective d'une telle procédure (art. 10, loi n° 91-647 du 10-07-1991).

La convention participative sera surtout utile comme préalable à la procédure de divorce, en vue de l'établissement d'une requête conjointe.

LOI n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, art 43 : les dispositions de l'article 2064 du code civil entrent en vigueur dans les conditions fixées par le décret modifiant le code de procédure civile nécessaire à leur application et au plus tard le 1^{er} septembre 2011.

¹⁹ Il peut s'agir d'une saisine irrégulière de l'amiable compositeur, d'une violation d'une règle d'ordre public, de l'expiration du délai pour statuer, ou encore du non-respect du principe de la contradiction ; v. P. Estoup, « L'amiable composition », *D.* 1986. Chron., 221.

La réforme induite par le décret de 2010, objet de notre rencontre, est l'occasion et impose d'observer les différentes situations constatant un accord (section 1^{re}) ; mais nous dirons, ensuite, quelques mots sur les clauses de conciliation contractuelles (section 2).

Section 1/ Les différentes situations constatant un « accord »

Certaines sont prévues en dehors de toute instance alors que d'autres apparaîtront en cours d'instance.

Rmq : 80% à 90% des conciliations sont extrajudiciaires (sur le plan national : environ 10 000 saisines par le juge et 110 000 saisines directes soit environ 90% ; chiffres CA Lyon, 2009 : 1 485 saisines par le juge et 6 334 saisines directes soit environ 81% pour ces dernières).

I/ En dehors de toute instance

A/ La transaction : art. 2044 et s. du C. civ.

Pour lui donner sa force : recours au juge ou au notaire.

Art. 2044 C. civ : La transaction est un contrat, écrit, par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître, pour des droits dont les parties ont la libre disposition.

Art. 2052 : Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion.

Art. 2053 : Néanmoins, une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation.

Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence.

Art. 2054 : Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.

Elle suppose des concessions réciproques (par ex. Cass. soc., 28 novembre 2000, n° 98-43635, Bull. n° 399, sauf texte spécial impératif - comme la loi Badinter : Cass. 2^e civ., 16 novembre 2006, n° 05-18631, Bull. n° 320).

1/ Le juge.

Art. 1441-4 CPC : « Le président du tribunal de grande instance [qui est seul compétent], saisi sur requête [en cas de difficulté, art. 496, procédure de rétractation] par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ». Le président du TGI, saisi sur requête (« nommée », de l'art. 812 CPC ; avocat obligatoire) par une partie, **confère ainsi force exécutoire** à l'acte qui lui est présenté.

On relève cependant que ce titre n'a pas la force d'un P.V. de conciliation puisqu'il ne permet pas l'expulsion (avis de la cour de cassation, 20 octobre 2000, Bull. n° 9, JCP 2001. II. 10479, note Y. Desdevises : la transaction ainsi homologuée est un titre exécutoire (cf. art. 3 L. 1991) mais, art. 61 L. 1991 : « Sauf disposition spéciale, l'expulsion ou l'évacuation d'un immeuble ou d'un lieu habité ne peut être poursuivie qu'en vertu d'une décision de justice ou d'un procès-verbal de conciliation exécutoire et après signification d'un commandement d'avoir à libérer les locaux. S'il s'agit de personnes non dénommées, l'acte est remis au parquet à toutes fins »).

2/ Le notaire.

Les parties peuvent déposer la transaction au rang des minutes d'un notaire pour qu'elle acquiert les effets d'un acte authentique et pour qu'il en soit délivré copie exécutoire. Cette copie peut servir de fondement à une saisie-attribution (Cass. 2^e civ., 21 oct. 2010, n° 09-

12378, à paraître au Bull., D et P.2011, p. 19, E. Putman). Dans l'espèce, la transaction avait été déposée au rang des minutes du notaire par les parties, quelques jours avant le prononcé du jugement. La Cour de cassation y voit un désistement (renonciation par anticipation aux effets du jugement à intervenir).

B/ La rupture conventionnelle du contrat de travail

Art. L. 1237-11 et s C. trav. (créés par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008) : cette forme de rupture, exclusive du licenciement ou de la démission, fait l'objet d'une homologation administrative (art. L. 1237-14).

convention de rupture signée par les parties	15 jours rétractation par lettre, art. L. 1237-13 C. trav.	15 jours demande d'homologation à l'autorité administrative, art. R. 1237-3 C. trav.	homologation par le conseil de prud'hommes ou TI pour les marins, art. 120 C. maritime
--	--	--	--

C/ » Conciliation » devant le conciliateur (qui est devenu conciliateur *de justice* en 1996, et donc, un auxiliaire de justice) **saisi en dehors de toute instance** (décret n° 78-381 du 20 mars 1978, modifié par le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010)

- présentation du décret 20 mars 1978 et présentation rapide de la fonction de conciliateur de justice (statut, rôle, modalités d'intervention avant et après le décret ; illustrations statistiques : nombre de saisines, %age des conciliations extra judiciaires par rapport aux conciliations déléguées, %age des constats d'accord écrits par rapport aux constats verbaux).
- une fois par an, le conciliateur de justice présente un rapport d'activité au premier président et au procureur général de la cour d'appel ainsi qu'au juge d'instance (art. 9).

Rmq :

- « Le conciliateur de justice est nommé, pour une première période d'un an par ordonnance du premier président de la cour d'appel, après avis du procureur général, sur proposition du juge d'instance » (art. 3). Il doit justifier d'une expérience juridique d'au moins 3 ans. Ses compétences et activités doivent le qualifier particulièrement pour l'exercice de ses fonctions. Il prête serment devant la Cour.
- qualités attendues : connaissances juridiques nécessaires, mais importance de l'expérience, du bon sens, de l'écoute.
- profil du conciliateur : généralement un homme (86%), retraité (82% ont +60 ans et 37% +70 ans) ; 75% sont ou ont été cadres dans le privé ou la fonction publique, 10% professions libérales et 2% magistrats ou greffiers.
- le conciliateur de justice est désigné pour un ou plusieurs cantons. Il exerce en mairie ou MJD.

Lors de la conciliation, si le conciliateur prend des notes, il doit préciser aux parties que c'est strictement pour son usage propre (importance du principe de confidentialité).

- les parties peuvent être accompagnées par toute personne de leur choix (la solution est différente pour la conciliation déléguée) ; effet devant certaines juridictions (parisiennes) : création d'une profession nouvelle, celle d'assistant-conciliateur... avec rémunération !

- le secret est absolu (en conciliation déléguée, v. *infra*, avec l'accord des parties, le secret peut être levé pour l'instance qui suivra).

Le conciliateur de justice peut :

- s'adjoindre, avec l'accord des parties, le concours d'un autre conciliateur de justice du ressort de la cour d'appel (art. 6) ;

- avec l'accord des intéressés, se rendre sur les lieux et entendre toutes personnes dont l'audition paraît utile (art. 7)

Issue de la conciliation : constat d'accord, force exécutoire, transmission au greffe de la requête conjointe des parties par le conciliateur en cas d'échec de la conciliation extrajudiciaire (responsabilité nouvelle confiée au conciliateur).

Possibilité nouvelle d'établir un constat «à distance» en visant dans le constat et en l'annexant, un accord formalisé dans un acte établi hors la présence du conciliateur (art. 9).

- Constat d'accord → requête d'une partie → juge d'instance (requête nommée) → **confère force exécutoire** (al. 4).

D/ Tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance, devant la juridiction de proximité (art. 830 CPC) et devant le tribunal paritaire des baux ruraux (art. 882)

Cette procédure n'est jamais utilisée, pourtant le décret lui consacre de nombreux articles. On a ici la matérialisation légale de ce vœu qui consiste à espérer un rapprochement plutôt qu'un jugement. Ce qui explique que l'on cherche à faciliter cette démarche (notamment en permettant d'échapper aux règles de saisine normales des juridictions en cas d'échec de la conciliation). Pour le TPBR, la réforme l'intègre aussi puisque l'art. 883 dit que la procédure est celle du TI (ce qui peut étonner, puisque c'est, avec le Cons. prud. une juridiction qui comporte une tentative de conciliation préalable obligatoire) ; comment analyser ce renvoi ? Sans doute en considérant que le préalable de conciliation peut être la seule demande portée devant lui et que ce ne sera qu'en cas d'échec (art. 836 : « En cas d'échec total ou partiel de la tentative préalable de conciliation, le demandeur peut saisir la juridiction aux fins de jugement de tout ou partie de ses prétentions initiales ») que l'on ira vers le jugement. Mais on sait que la procédure habituelle du TPBR, art. 887, prévoit la tentative de conciliation. J'ai donc le sentiment que le décret a « ajouté une nouvelle couche » possible de tentative préalable de conciliation hors saisine du tribunal... qui va sans doute se fondre rapidement avec la procédure ordinaire car en saisissant le juge, on sait qu'il y aura cette phase préalable...

Rappel (art. 829) : la demande devant le TI est formée par assignation à fin de conciliation et, à défaut, de jugement. Sauf la faculté pour le demandeur de provoquer une tentative de conciliation. La demande peut également être formée soit par une requête conjointe remise au greffe (but = amener les parties à s'entendre sur le principe de la saisine de la juridiction et sur les demandes qui lui seront soumises), soit par la présentation volontaire des parties devant le juge, soit, dans le cas prévu à l'article 843, par une déclaration au greffe.

Quand la tentative de conciliation est engagée, l'enregistrement de la demande (apposition du tampon dateur par le greffe), qui est formée par déclaration faite, remise ou adressée au greffe, **interrompt** la prescription et les délais pour agir (art. 830).

La délégation du processus de conciliation (qu'il est, ici aussi possible de mettre en œuvre) suppose cependant l'accord des parties. En effet, elles peuvent s'y opposer (demandeur –ce qui supposera de prévoir la mention dans les modèles-type proposés par les greffes aux justiciables, comme défendeur – dans les 8 jours de la notification de la délégation pour ce qui

concerne ce dernier).

A noter la possibilité de saisir directement la juridiction, par simple déclaration au greffe, dans le mois suivant la réunion à l'issue de laquelle a été constaté l'échec.

Art. 830 = tentative préalable, avec un effet interruptif de prescription ; et art. 836 : en cas d'échec total ou partiel, possibilité de saisir la juridiction aux fins de jugement par déclaration au greffe si la demande est formulée dans un délai d'un mois suivant le constat d'échec de la conciliation.

1/ Devant le juge : PV de conciliation = **titre exécutoire** (art. 130, 131 CPC)

2/ Devant le conciliateur lorsque le juge a délégué ses pouvoirs :

Possible devant le juge de proximité, le tribunal d'instance (art. 831)

Constat d'accord (qui, s'il est rédigé par le conciliateur de justice, devrait comporter le résultat brut de la conciliation et ne rien dire de plus) → juge qui « **homologue** » (art. 833) sur demande des parties

E/ Conciliation devant la commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales

Art. L. 1142-5, L. 1142-14, R. 1142-22 CSP.

F/ Conciliation entre un salarié inventeur et son employeur concernant un brevet d'invention devant la commission paritaire de conciliation

Art. L. 615-21 CPI : l'accord peut être *rendu exécutoire* par le président du TGI saisi sur simple requête d'une partie (art. R. 615-29).

Art. L. 615-21 : Si l'une des parties le demande, toute contestation portant sur l'application de l'article L. 611-7 sera soumise à une commission paritaire de conciliation (employeurs, salariés), présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire dont la voix est prépondérante en cas de partage.

Dans les six mois de sa saisine, cette commission, créée auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, formule une proposition de conciliation ; celle-ci vaut accord entre les parties, si, dans le mois de sa notification, l'une d'elles n'a pas saisi le tribunal de grande instance compétent statuant en chambre du conseil. Cet accord peut être rendu exécutoire par ordonnance du président du tribunal de grande instance saisi sur simple requête par la partie la plus diligente.

Les parties pourront se présenter elles-mêmes devant la commission et se faire assister ou représenter par une personne de leur choix.

La commission pourra se faire assister d'experts qu'elle désignera pour chaque affaire.

Les modalités d'application du présent article, qui comportent des dispositions particulières pour les agents visés au dernier alinéa de l'article L. 611-7, sont fixées par décret en Conseil d'Etat après consultation des organisations professionnelles et syndicales intéressées.

Art. R. 615-29 : « L'accord entre les parties résultant de la proposition de conciliation dans le cas prévu à l'article L. 615-21 est rendu exécutoire par décision du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la proposition de conciliation a été formulée ».

II/ En cours d'instance

Le développement des procédures conciliatoires n'est pas lié à l'augmentation des règles procédurales mais à la volonté des juges et des avocats. On se souvient qu'il est de mauvaise politique que de vouloir changer par les lois ce qui doit être changé par les manières (Montesquieu).

Les « voies alternatives à la solution des litiges » ne sont pas destinées à apporter une réponse

quantitative à la gestion des dossiers mais une réponse qualitative de ceux-ci.

Intérêt / impartialité du juge qui, s'il tente lui-même la conciliation, pourra parfois avoir du mal à se situer entre une posture d'interventionnisme et de respect des droits de la défense.

Art. 129-3 : « Les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties ni, en tout état de cause, dans une autre instance ».

Art. 129-5 : « Les décisions prises par le juge dans le cadre de la délégation de la mission de conciliation sont des mesures d'administration judiciaire ».

Il faut signaler que les liens entre les conciliateurs et la justice sont institutionnalisés, ce que matérialise la création d'un conseiller chargé de suivre l'activité des premiers.

Art. R. 312-13-1 COJ : « Le premier président désigne un conseiller chargé de suivre l'activité des conciliateurs de justice et des médiateurs et de coordonner leur action dans le ressort de la cour d'appel » et qui établit un rapport annuel sur l'activité déployée par les conciliateurs et médiateur du ressort.

Importance de la notion de temps

Il existe **deux grandes familles de pratiques** :

a/ Première méthode : la systématisation du préalable conciliatoire (hypothèse : Cours d'appel, chambres sociales comme Amiens où cela a pris naissance, puis Grenoble : aspect systématique du renvoi au conciliateur ; souci : gestion du temps).

b/ Seconde méthode : d'autres renvoient périodiquement (selon le type de contentieux, ex. familial) ; voire encore, pour d'autres, au « pifomètre », selon une méthode de cas par cas.

c/ **Critères du recours à la conciliation** : quand on perçoit une possibilité d'accord amiable, ou au moins un rapprochement des plaideurs ; quand l'affaire est d'importance économique mineure (sachant qu'il n'est pas de « petit litige » pour celui qui le vit) ; quand la dimension humaine prime (rapports de voisinage) ou lorsque la situation imposera une poursuite des relations à l'avenir (en matière de droit du travail, relations d'affaires, baux (cf. TI Paris, 11 mai 2005, Gaz. Pal. 11-13 sept. 2005, p. 2 : annule une assignation qui ne comportait pas la mention que la conciliation serait préalablement tentée et que le titre de cette assignation « à toutes fins » n'est pas suffisant pour suppléer cette mention, si importante en cette matière)), certains conflits entre associés, les litiges de consommation, de téléphonie, ...).

A/ Conciliation devant le juge

1°/Le principe :

Le procès-verbal de conciliation = titre exécutoire (art. 131 ; art. 768, art. 863, art. 941 CPC). C'est un titre exécutoire (art. 3, 3° loi du 09 juillet 1991 : « Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ») et il est visé par l'art. 61 de la loi de 1991 parmi les titres qui permettent l'expulsion ou l'évacuation d'un immeuble.

Art. 131 CPC : Des extraits du procès-verbal dressé par le juge peuvent être délivrés. Ils valent titre exécutoire. Les parties peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice. L'homologation relève de la matière gracieuse.

Art. 768 : Le juge de la mise en état peut constater la conciliation, même partielle, des parties.

Il homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent.

Art. 863 : Le juge rapporteur constate la conciliation, même partielle, des parties.

Il peut également désigner un conciliateur de justice dans les conditions prévues à l'article 860-2.

Art. 941 : Le magistrat chargé d'instruire l'affaire constate la conciliation, même partielle, des parties.
Il constate l'extinction de l'instance.

2°/En matière de saisie des rémunérations

L'article R. 3252-17 C. trav. prévoit qu'en présence d'une demande de saisie des sommes dues à titre de rémunération, « Le jour de l'audience, le juge tente de concilier les parties ».

B/ Conciliation devant le conseil de prud'hommes :

1/ Principe

Art. L. 1454-1, art. R. 1454-1 : c'est le droit commun de la procédure civile

a/ PV de conciliation (même partielle) devant le conseiller rapporteur : art. R. 1454-5 ;

b/ PV de conciliation (même partielle) devant le bureau de conciliation : art. R. 1454-10 ;

c'est un titre exécutoire (art. R. 1454-11 - inutile ; cf. art. 131 CPC) ;

c/ PV de conciliation (même partielle) devant le bureau de jugement : art. R. 1454-22.

Il s'agit d'un titre exécutoire qui ne peut, normalement, plus être remis en question.

2/ **Pourtant**, la Chambre sociale de la Cour de cassation, depuis longtemps déjà, refuse d'appliquer ce principe : Cass. soc., 28-03-2000, Bull. 135, D.J.537, J. Savatier, JCP 2000-1-267, §10, L. Cadet : « la conciliation préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elle ; qu'en conséquence cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant notamment vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs ». Ce qui a pour conséquence que « les parties peuvent toujours saisir la juridiction prud'homale d'une action en contestation d'une transaction quand bien même elle aurait été constatée dans un procès-verbal dressé devant le bureau de conciliation » : Cass. soc., 29 sept. 2010, pourvoi n° 09-42084, 09-42085 et 08-43084, JCP soc J. n°1504 p.37, L. Sébille.

C/ Conciliation devant l'expert :

Les parties peuvent demander au juge de **donner force exécutoire** à leur accord (art. 281, al. 2).

Art. 281 : Si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet ; il en fait rapport au juge.

Les parties peuvent demander au juge de donner force exécutoire à l'acte exprimant leur accord.

Le juge du contrôle peut, lui aussi, constater la conciliation (art. 171-1 CPC : Le juge chargé de procéder à une mesure d'instruction ou d'en contrôler l'exécution peut constater la conciliation, même partielle, des parties).

D/ Accord devant le médiateur

Le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent. L'homologation relève de la matière gracieuse (art. 131-12 CPC : Le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent).

L'homologation relève de la matière gracieuse).

E/ La transaction peut aussi intervenir en cours de procédure, mais hors la présence du juge

- le juge saisi de l'instance **donne force exécutoire** à l'acte constatant cet accord (art. 384, al. 3 CPC) sur demande des parties. La transaction mettant de droit fin à l'instance le juge n'a pas à constater celle-ci. Il ne peut non plus statuer sur les dépens les parties devant avoir prévu le sort de ceux-ci dans la transaction sous peine d'être un jugement « d'expédient » (cf. *infra*).
- ce juge peut être le juge de la mise en état : art. 768 CPC ; cet article, dans son alinéa 2, prévoit que « le juge **homologue** à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent ». Belle leçon de logique !
- à noter que le juge rapporteur ne dispose pas de ce pouvoir (art. 863).
- -si une des parties refuse de demander la force exécutoire ou l'homologation, le juge tranche le litige concernant la transaction contestée (art. 2053 C. civ.) même si une seule partie comparaît (art. 469 CPC).

F/ Conciliation devant le conciliateur délégué par le juge

Prévue devant le tribunal d'instance et le juge de proximité (art. 831), le décret étend la possibilité au tribunal de commerce (art. 860-2), ainsi qu'au juge rapporteur de ce tribunal (art. 863) et au tribunal paritaire des baux ruraux (art. 887, al 2). Les parties peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord. L'homologation relève de la matière gracieuse (art. 131, al. 2).

La conciliation n'a jamais été un préalable obligatoire devant le tribunal de commerce. Ceci étant, elle a toujours pu être tentée (l'une des raisons de la mise à l'écart de la conciliation était de dire que les juges consulaires avaient naturellement tendance à rechercher une solution concertée) ; et d'ailleurs, l'art. 863 CPC prévoit que le juge rapporteur « constate la conciliation, même partielle, des parties ».

Question : on remarquera que l'art. 860-2 figure dans un Chapitre du CPP consacré à la procédure devant le tribunal de commerce, alors que le Chapitre 2 décrit les pouvoirs du président ; mais cet article 860-2, qui figure dans une sous-section intitulée « dispositions générales », vise « la formation de jugement ». En outre, la loi n° 95-125 du 8 février 1995 (art. 21, 1°) permet de désigner un conciliateur pour procéder à la tentative préalable de conciliation, et un médiateur en tout état de procédure et même en référé... ; le juge des référés pourra-t-il déléguer à un conciliateur ? Réponse : oui. *Qui peut le plus, peut le moins.*

Invitation des parties à rencontrer le conciliateur.

La possibilité d'inviter les parties à rencontrer un conciliateur de justice est possible à tout moment devant le TI, de disposition expresse de l'art. 845, qui n'a pas d'équivalent devant les autres juridictions. Devant le Tribunal de commerce, par ex. (art. 860-2), le juge peut faire la proposition aux parties et, avec leur accord, renvoyer à un conciliateur. Ceci étant, dans les deux cas, on voit mal comment une conciliation pourrait prospérer sans une volonté commune des parties.

Art. 845, al. 2 : « Le juge peut également, à tout moment de la procédure, inviter les parties à rencontrer un conciliateur de justice aux lieu, jour et heure qu'il détermine. Les parties en sont avisées, selon le cas, dans l'acte de convocation à l'audience ou par une lettre simple. L'avis indique la date de l'audience à laquelle l'affaire sera

examinée afin que le juge constate la conciliation ou tranche le litige. L'invitation peut également être faite par le juge à l'audience ».

L'article 845, qui prévoit que le juge détermine les jour, lieu et heure de la rencontre avec le conciliateur sera d'ailleurs délicat d'application en pratique, car le juge n'a pas la maîtrise de l'agenda du conciliateur... sauf à organiser une permanence de conciliateur spécialement dédiée à ces affaires. Encore faut-il, dans ce cas, avoir un volume d'affaires suffisant pour ne pas mobiliser un conciliateur inutilement.

- renforcement de la place de la conciliation : accord préalable des parties non requis, absence de sanction prévue en cas de refus ou d'absence d'une partie devant le conciliateur

- plusieurs formes d'invitation : double convocation, c'est-à-dire que le juge invite les parties qu'il convoqua à une audience à rencontrer préalablement un conciliateur (Rmq. / T. com., la possibilité d'une saisine aux fins de conciliation et, à défaut, de jugement, n'est pas prévue) ou saisine directe du conciliateur s'il est présent à l'audience, ou lettre simple. Difficultés d'application posées par le texte. Intérêt pour le demandeur qui a déjà procédé à une tentative de conciliation de le signaler au juge, car la double convocation n'est qu'une faculté pour lui !

- contenu de la décision de délégation : indiquer le nom du conciliateur, la durée de mission (maximum = deux mois, mais renouvelable sur demande des parties ; le texte de l'art. 129-1 ne précise pas si le juge peut renouveler d'office), la date à laquelle l'affaire sera appelée (dans le cas de l'invitation, le juge n'a pas à recueillir le consentement des parties, qui n'a donc pas à être mentionné).

Présentation des modalités d'intervention du conciliateur sur invitation du juge : procédure devant le conciliateur :

- . assistance devant le conciliateur de justice « par une personne ayant qualité pour le faire devant la juridiction ayant délégué la conciliation » (art. 129-2) :

devant le Tribunal de commerce, toute personne au choix (art. 853) = renforcement des droits de la défense. dans le décret de 1978 : la personne peut se faire accompagner « d'une personne de son choix » (art. 6, al. 2).

devant le TPBR, l'art. 883 prévoit que « les parties ont la faculté de se faire assister ou représenter », mais que, « lors de la tentative préalable de conciliation, elles sont tenues de comparaître en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime ».

- . pouvoirs d'instruction (art. 129-3), avec l'accord des parties : se rendre sur les lieux, entendre toute personne avec son accord.

- . obligation de confidentialité (art. 129-3) mais le conciliateur tient le juge informé des difficultés qu'il rencontre, ainsi que de la réussite ou de l'échec de sa mission.

- . possibilité de s'adjoindre, avec l'accord des parties, un autre conciliateur (art. 6 décret 1978). Selon la circulaire du 24 janvier 2011 (n° 1.1.2.1., p. 8), le décret de 1978 ne régit plus que la conciliation extrajudiciaire. On pourrait en déduire que cette possibilité de s'adjoindre un autre conciliateur prévue par le décret de 1978 modifié par le décret de 2010, ne concerne donc que la conciliation extrajudiciaire, la conciliation déléguée étant dorénavant exclusivement régie par le CPC ; en réalité, il ne faut pas s'y tromper : l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du décret de 1978 précise que les conciliateurs peuvent « également » procéder aux tentatives de conciliation prévues par la loi. La possibilité de s'adjoindre un autre conciliateur ne semble donc pas limitée aux conciliations extrajudiciaires, peu important à cet égard l'approche de la circulaire. Toute généralisation n'est-elle d'ailleurs pas, par principe même, abusive ?

G/ Issue de la conciliation

1/ Accord ou non, jugement d'homologation ou non, régime.

- . devant le conciliateur : établissement d'un constat d'accord, ou si échec, information

du juge ;

. devant le juge : le juge constate l'accord des parties (contrat judiciaire, jugement d'expédient, homologation du constat d'accord ?), ou à défaut d'accord, tranche le litige. La teneur de l'accord « est » formalisée dans un constat (art. 130 – dans la conciliation extrajudiciaire, l'art. 9 du décret de 1978 précise qu'en cas de conciliation, totale ou partielle, un constat « peut » être établi ; en revanche, il doit l'être « obligatoire lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit »).

Que se passe-t-il si les parties ne se présentent pas à l'audience de renvoi, alors qu'un constat d'accord a été signé ? Cette question se révèle à l'art. 845 qui indique que : « L'avis indique la date de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée afin que le juge constate la conciliation ou tranche le litige ». Ainsi, que faire lorsque, après que le conciliateur ait obtenu un accord, les parties ne se déplacent pas à l'audience ? Réponse : radiation. Il est aussi possible de prévoir, en amont et avec l'accord des parties, une clause type dans la convention d'accord signée par elles, selon laquelle l'accord emporte désistement.

Les parties peuvent soumettre à l'**homologation** du juge le constat d'accord. **L'homologation relève de la matière gracieuse** (art. 131, al. 2 ; = art. 131-12 pour la médiation judiciaire). Homologuer signifie donner force exécutoire.

Pouvoir du juge : Cass. soc., 18 juillet 2001, Bull. n° 279 : le juge vérifie si l'accord préserve les droits de chacune des parties ; Contrôle minimal (sur la conformité apparente à l'ordre public : CA Versailles, 18 juin 2003, D. 2004, note Merveille et Thorminette).

2/ Eléments de discussion

Le jugement est un acte juridictionnel qui, en tant que tel, relève de l'autorité du juge ; la transaction quant à elle, est issue de la volonté des parties dans le but d'éviter la voie judiciaire. Dans le second cas, on est en présence d'un acte judiciaire non juridictionnel et donc, d'un véritable contrat judiciaire.

a/ Le jugement de « donner acte » ou « contrat judiciaire »

(JurisClasseur Civil, art. 2044 à 2058, 01-2010, Fasc. 10, V° Transaction. – Notion, par Frédérique Julienne). Le juge donnait acte aux parties de leur accord. Cette décision restait une transaction, en dernier ressort (art. 2052 C. civ.), même si le juge assortissait l'accord de mesures destinées à garantir les engagements pris par les parties (Cass. 2^e civ., 28 nov. 1973, Bull. 310 ; RTD civ. 1974, p. 667, obs. R. Perrot ; RGP 1998, p. 657, note G. Wiederkehr).

Comp. Cass. soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115, Bull. civ. V, n° 215 : « Si les parties à un contrat de travail décident d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail, tandis que la transaction, consécutive à une rupture du contrat par l'une ou l'autre des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toutes contestations, nées ou à naître résultant de cette rupture ». V. aussi Cass. soc., 5 juill. 2005, n° 03-40.757 (transaction = après la fin du contrat) : « le protocole précité ne pouvait valablement constituer ni une rupture d'un commun accord en l'état du litige existant entre les parties, ni une transaction qui ne pouvait intervenir qu'une fois le licenciement prononcé dans les conditions requises par l'article L. 122-14 du Code du travail ».

A l'origine, une des formes de la juridiction gracieuse était de conférer l'authenticité à l'acte (v. D. D'Ambra, Dalloz Action, n° 325.192, qui remarque que « le cas est aujourd'hui plus exceptionnel car il porte atteinte au monopole des notaires » ; v. cep. Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2006, Bull. civ. I, n° 243 : « Attendu que la compétence des notaires ne s'oppose pas à ce que le juge saisi sur requête donne force exécutoire à une transaction opérant transfert de droits immobiliers, conférant ainsi judiciairement à celle-ci un caractère authentique, permettant son enregistrement et sa publication sous réserve du respect des dispositions régissant la publicité foncière »).

Si les parties donnent un consentement libre et éclairé, c'est un *contrat judiciaire* qui se forme. Il est donc totalement impropre de parler de « décision » ou de « jugement » de donné acte.

Il est entendu qu'« un contrat judiciaire ne se forme qu'autant que les parties s'obligent dans les mêmes termes » (Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-10511, Bull. 179). Seules sont ouvertes alors les voies de nullité relevant du droit des contrats. Car en donnant acte, le juge authentifie un acte (rôle passif) ; alors que lorsqu'il *homologue*, il vérifie si les conditions légales sont respectées (rôle actif).

Les frontières entre les catégories sont floues et le législateur n'est donc pas cohérent quand il parle d'autorité de la chose jugée d'une transaction ou du pouvoir gracieux d'homologation d'une médiation...

Toujours est-il qu'un donné acte n'est pas un acte juridictionnel ; ce n'est pas une *décision* mais un contrat judiciaire, un acte judiciaire non juridictionnel. Le rôle du juge est alors celui d'un notaire. Mais si son rôle n'est pas exclusivement instrumentaire, qu'il y a un contrôle nécessaire à la perfection de l'acte (càd que le juge prend l'accord à son compte en l'*homologuant* au lieu de le *constater*), alors, c'est un acte juridictionnel. C'est la loi n° 95-125 du 8 février 1995 qui a opté pour cette expression (art. 25 de la loi), suivie du décret du 22 juillet 1996 qui a ajouté à la confusion à l'art. 131-1 NCPC : le juge homologue l'accord que les parties lui soumettent et le texte ajoute que l'homologation relève de la matière gracieuse. Or, l'art. 25 CPC montre qu'en l'absence de litige, il faut que l'intervention du juge soit nécessaire et qu'il exerce un contrôle (art. 25 : « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ») !

Dans les articles 129-130 CPC, à propos de la conciliation des parties (seules ou devant le juge), il est prévu la possibilité de demander au juge de *constater* l'accord dans un *procès-verbal*. Ce P.V. a la force exécutoire. Le mot *homologation* est donc abusif et la référence à la matière gracieuse, malvenue (v. G. Wiederkehr, *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, in Mél. A. Rieg, Bruylant, 2000, spéc. p. 892-893).

Une autre approche est possible. On sait que certains juges se contentent de vérifier la régularité formelle de l'accord et le respect de l'ordre public, alors que d'autres contrôlent le contenu de l'acte. C'est cette seconde voie qui semble tracée par le choix des textes. Cela ne règle certes pas la différence entre la conciliation constatée par le juge lui-même et celle obtenue par le conciliateur... sauf à considérer que dans le premier cas, le constat suffit, alors que dans le second, pour pouvoir rectifier dans l'hypothèse ou un conciliateur « déraperait », le juge a un pouvoir de contrôle. Le texte qui vient mieux installer les conciliateurs de justice dans le paysage judiciaire contiendrait donc des éléments de suspicion...

Textes :

art. 129 : « Les parties peuvent toujours demander au juge de constater leur conciliation » ; art. 130 : « La teneur de l'accord, même partiel, est constatée dans un procès-verbal signé par le juge » ; et le juge va donner force exécutoire à l'acte et « Des extraits du procès-verbal constatant la conciliation peuvent être délivrés ; ils valent titre exécutoire (art. 131 CPC).

D'ailleurs, « les constatations faites par les juges dans leurs décisions concernant les déclarations faites devant eux par les parties font foi jusqu'à inscription de faux » (Cass. com. 11 fév. 1981, n° 79-10952, Bull. 167).

- CA Paris, 23 janvier 1991, D. 1991. IR 67 : consignation de l'accord dans un P.V. qui n'est pas un acte juridictionnel. Il n'a donc pas à être signifié et n'est pas susceptible de recours (pour le refus du pourvoi en cassation, v. Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-00039, Bull. 161 ; Cass. 3^e civ., 4 mars 1998, pourvoi n° 95-20633, Bull. 56).

b/ Le jugement dit « **d'expédient** » ou « **jugement convenu** » : le juge constatait l'accord des

parties mais rendait une décision motivée en reprenant des arguments des parties tout en ajoutant d'autres. Ce jugement conservait toutes les caractéristiques d'un jugement.

De nos jours, ce concept doit être supprimé : en effet, si le juge constate un accord, il peut (mais n'est jamais obligé de le faire) d'en donner acte aux parties ou d'homologuer l'accord (v. développement précédent) ; mais si les justiciables saisissent le juge en lui demandant de simuler un jugement, on ne voit pas au nom de quoi le juge n'accomplirait pas sa mission qui est de trancher le litige (puisque, même simulé, il est apparent) en disant le droit ? Une partie qui simule le litige ne doit pas avoir le pouvoir de conduire le juge à une même simulation. Le juge n'a donc pas à suivre, passivement, le vœu des « plaideurs apparents ».

c/ Principe de la contradiction : interrogation : l'application concrète de la règle de la contradiction lorsque le magistrat saisi constate l'existence d'une volonté réelle de conciliation chez un plaideur qui est visiblement dans l'ignorance la plus totale de ses droits (en droit, il a raison). Quelle devra être la position du juge dans de telles circonstances ? Cette éventualité est d'autant plus pertinente que le ministère d'avocat n'est pas obligatoire devant toutes les juridictions. Une contradiction véritable ne supposerait-elle pas que le juge intervienne alors pour rappeler la règle de droit éventuellement applicable ? En d'autres termes, faut-il privilégier la conciliation, à l'instar des anciens juges de paix, ou faut-il au contraire éclairer les parties sur leurs droits respectifs, puis, à la lumière de cet éclairage nouveau, proposer une conciliation ? Après tout, l'équité ne consiste-t-elle pas à « respecter les droits de chacun »²⁰ ? On sait que le juge ne doit pas se substituer aux conseils des plaideurs et n'a pas l'obligation de soulever d'office une règle de droit. Mais le juge peut « relever d'office les moyens de pur droit » (art. 12, al. 3 CPC) et « inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige » (art. 13 CPC), ce qui est une piste de réponse à la question posée.

Ces principes directeurs, applicables au juge, peuvent évidemment inspirer le travail des conciliateurs eux-mêmes (question de la connaissance du droit et de son rappel par les conciliateurs de justice, dans la phase durant laquelle ils interviennent) : si le conciliateur ne dit pas le droit, comment pourrait-il appuyer un accord qui interviendrait « contre » un droit évident ? Il est plus légitime qu'il invite alors les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à une meilleure compréhension du différend...

d/ le juge peut-il rendre une décision de dessaisissement (au sens de l'art. 384 CPC) lorsque les parties refusent de communiquer l'accord ?

C'est pour cette raison que la plupart des « conciliations » intervenues devant la chambre de la Cour d'appel de Paris présidée par M. Foulon se terminent par un désistement. M. Foulon estime qu'il n'est plus possible de rendre des jugements d'expédients ou des jugements convenus.

²⁰ Petit Larousse, V° « Equité ».

Tableaux résumant les développements I et II

En dehors de toute instance

1- Transaction	art. 2044 C. civ.	Requête d' une partie	Le juge confère force exécutoire
2- Conciliation devant le conciliateur	art. 9 décret du 20/03/1978	Requête d' une partie	Le juge confère force exécutoire au constat
3- Tentative préalable de conciliation, devant : . le juge d'instance . le juge de proximité . le tribunal paritaire des baux ruraux	 art. 830 CPC art. 830 CPC, art. L. 231-3, al. 3 COJ art. 887, al. 2 CPC	A l'audience	Procès-verbal de conciliation
4- Tentative préalable de conciliation devant le conciliateur délégué	art. 831 et 833 CPC ; art. 131, al. 2 CPC ; art. L. 231-3 COJ	Sur demande des parties	1° Si les parties demandent l'homologation au conciliateur, celui-ci le note et transmet au juge (art. 833) ; l'art. 832-1 est sans application ici. Le juge homologue l'accord hors la présence des parties. 2° Si les parties ne demandent pas l'homologation au conciliateur, elles devront saisir le juge, qui ne pourra homologuer l'accord qu'en leur présence. 3° Si l'accord excède la compétence du juge de proximité, il nous semble que l'homologation relève alors du juge d'instance.
5- Accord des parties (convention de procédure participative) <u>applicable au plus tard, le</u> <u>01-01-2011 (art. 43</u> <u>L. n° 2010-1609 du 22-</u> <u>12-2010).</u>	art. 2066 C. civ.	Sur demande des parties	Le juge homologue l'accord

En cours d'instance

6- Conciliation devant le juge, y compris le juge du contrôle	art. 131, al. 1 ^{er} CPC art. 171-1 CPC	A l'audience	Procès-verbal dressé par le juge - c'est un titre exécutoire insusceptible de recours
7- Conciliation devant le bureau de conciliation	art. 131, al. 1 ^{er} CPC	A l'audience	Procès-verbal dressé par le juge - c'est un titre exécutoire qui peut être remis en cause
8- Accord devant l'expert	art. 281, al. 2	Demande des parties	Le juge donne force exécutoire
9- Transaction hors la présence du juge	art. 384, al. 3 (extinction de l'instance)	Demande des parties	Le juge –hormis le JME- donne force exécutoire
10- Transaction hors la présence du juge	art. 768 CPC (conciliation devant le JME)	Demande des parties	Le juge de la mise en état homologue l'accord
11- Conciliation devant le conciliateur délégué par le juge (d'instance) Pour la formation de jugement du tribunal de commerce	art. 845, al. 2 CPC art. 860-2 CPC	Demande des parties	Le juge homologue l'accord Application de ce qui a été dit au n° 4- de ce tableau
12- Accord devant le médiateur	art. 131-12 CPC	Requête des parties	Le juge homologue l'accord

Art. L. 231-3 COJ : La juridiction de proximité connaît, en matière civile, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant la compétence particulière des autres juridictions, des actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 4 000 euros.

Elle connaît des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros.

Elle connaît, dans les mêmes limites, en vue de lui donner force exécutoire, de la demande d'homologation du constat d'accord formée par les parties, à l'issue d'une tentative préalable de conciliation.

Autrement dit, il existe 4 catégories :

1° Le P.V. de conciliation : cas n° 3, 6, 7.

2° Le juge « donne force exécutoire » : requête « nommée » : cas n° 1, 2.

3° Le juge « donne force exécutoire » sur demande des parties : cas n° 8, 9.

4° Le juge « homologue » : procédure gracieuse : cas n° 4, 5, 10, 11, 12.

III/ Effets et compétence territoriale

A/ Effets

1/ P.V. de conciliation

C'est un titre exécutoire, insusceptible de recours (n° 3, 6) ; v. cep. n° 7)

Cet effet joue, même lorsque le P.V. de conciliation est intervenu devant le juge des référés : c'est le seul exemple de titre qui met fin au fond à une procédure provisoire. En effet, **dans tous les cas de « conciliation » le titre aura autorité de chose jugée au principal, et ceci même s'il est intervenu au cours d'une instance de nature provisoire (comme le référé).**

2/ Procédure d'homologation :

Elle relève de la matière gracieuse (art. 131, al. 2 CPC ; ci-dessus n° 4, 5, 10, 11, 12).

a/ Procédure

- le juge qui effectue un contrôle peut se prononcer sans débats (art. 28 CPC),
- devant le TI la demande peut être formée par déclaration verbale enregistrée au greffe de la juridiction ! (art. 62),
- devant le TGI la demande est formée par avocat (art. 813 et 797) et doit être communiquée au parquet ! (art. 798, communication légale des affaires gracieuses) et s'il y a débats, ceux-ci se déroulent en chambre du conseil (art. 434) et le ministère public doit y assister (art. 800 : il y est « tenu ») !
- la décision est prononcée hors la présence du public (art. 451),
- le jugement est notifié par le greffe aux avocats (art. 671) et aux parties elles-mêmes par LRAR (art. 677).

Tout ceci démontre que cette procédure est véritablement adaptée !!!

b/ L'appel (art. 543, 546, al. 2)

- dans les 15 jours (art. 538) de la signature de l'AR de la LR (art. 668),
- la déclaration est faite au greffe de la juridiction ayant statué (art. 950) ou par LRAR,
- si appel : transmission au juge qui a rendu la décision qui peut modifier sa décision (art. 952),
- si le juge ne fait rien : transmission à la cour,
- la procédure est écrite (art. 954).

c/ La décision par laquelle le juge donne force exécutoire

. sur requête d'une partie : cas n° 1 et 2

Elle est de même nature que la procédure observée *supra* (Section 1, I, A) et naît par une requête « nommée », sauf que le juge n'est pas forcément le président du TGI. L'autre partie pourra demander la rétractation. Cette décision sur rétractation sera susceptible d'appel.

. sur demande des parties : cas n° 9 et 10.

Elle est susceptible d'appel selon la procédure contentieuse de droit commun.

B/ Compétence territoriale

- **cas de l'art. 1441-4** : « Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une

partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté » :

- . en dehors de toute instance = président du TGI du domicile du défendeur (art. 42) ou du lieu d'exécution ;
- . en cours d'instance devant le TGI = président du TGI.

Art. 42 CPC : La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur.

S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux.

Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger.

- **autres cas**, y compris l'homologation :

= juge de la juridiction saisie.

IV/ Incohérence des mots et des procédures

Le mot conciliation est employé dans tous les cas de figures et non pas seulement lorsque la mesure se déroule devant le juge

Pourquoi une procédure gracieuse dans certains cas ?

Il faudra donc que le juge de grande instance transmette au parquet (art. 798) l'accord intervenu devant le médiateur, ce que n'aura pas à faire le juge d'instance !

A noter la rédaction pour le moins énigmatique de l'art. L. 231-3 COJ : « La juridiction de proximité connaît [...] en vue de lui donner force exécutoire, de la demande d'homologation du constat d'accord formé par les parties, à l'issue d'une tentative de conciliation » (v. *supra*).

Section 2/ Les clauses de conciliation contractuelles

Certains contrats, notamment d'exercice professionnel subordonnent toute action judiciaire à une tentative préalable obligatoire de conciliation devant un tiers ou devant une autorité ordinale. De telles clauses s'imposent désormais au juge du fond (II) mais pas au juge des référés (III). Ce ne sont pas des clauses d'arbitrage, ni de médiation (I).

I/ Ce que ne sont pas ces clauses de conciliation contractuelles

A/ Ce ne sont pas des clauses d'arbitrage

Les clauses d'arbitrage :

- ont un domaine de compétence limité dans le domaine interne par l'article 2061 du C. civ. (« Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ») ;
- retirent au juge judiciaire l'examen de l'affaire ;
- n'ont pas le même but. En effet, l'arbitre tranche, juge, alors que le « conciliateur » tente de concilier ; aussi, une clause suivant laquelle « les parties contractantes doivent se consulter pour soumettre leur différend à un arbitrage ou pour refuser l'arbitrage n'institue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge » (Cass. 1^{re} civ., 06-02-2007, Bull. n° 55).

B/ En réalité il faut se méfier du vocabulaire. Par *conciliation* il faut entendre ici « conciliation » amiable et ces clauses sont parfois baptisées « clauses de médiation ». Or, ce ne sont pas des clauses de médiation judiciaire au sens du CPC (obs. R. Perrot sous Cass. com., 17 juin 2003, RTD civ. 2004, p. 136 (l'arrêt est publié au Bull. 101)). La médiation judiciaire ne peut être ordonnée par un juge qu'avec l'accord des parties –art. 131-1 et 131-6, ; alors que la clause de conciliation, lorsqu'elle oblige, subordonne l'accès au juge et doit donc être respectée sur ce point. Dans l'espèce, le tribunal avait été saisi avant l'expiration du délai stipulé par le contrat pour mettre la clause en œuvre).

II/ Le régime de ces clauses de conciliation contractuelles devant le juge du fond

A/ Licite, cette clause s'impose au juge si une partie l'invoque (Cass. Ch. mixte, 14-02-2003, Bull. 1 ; Cass. com., 17-06-2003, Bull. 101). Sa mise en œuvre suspend jusqu'à son exécution le cours de la prescription et constitue une fin de non-recevoir au sens des art. 122 et 124 CPC (Cass. Ch. mixte, 14 février 2003, n° 00-19424, BC n° 1 ; il sera possible, après cette irrecevabilité, mais à condition d'avoir mis en œuvre la conciliation, de saisir à nouveau la justice : Cass. 2^e civ., 21 avril 2005, n° 03-10237, JCP 2005, II, 10153, p. 2063, note H. Croze).

B/ Ce préalable de conciliation doit résulter d'une stipulation contractuelle (Cass. 1^{re} civ., 06 mai 2003, Bull.108 ; JCP 2003. I. 186, p. 2237 note Virassamy). Une telle exigence contractuelle ne peut en effet résulter d'usages professionnels : ainsi, dans cet arrêt du 06 mai 2003, il a été vainement invoqué une procédure de conciliation prévue par tous les modèles types de contrats établis par les organisations professionnelles.

En revanche est contractuelle la clause contenue dans les statuts du GIE imposant un recours préalable à une « conciliation » (Cass. com., 17-06-2003, Bull.101, D. 2003, p.1386, note Ancel et Cottin, JCP 2003. I. 186, p. 2238, note Virassamy, RTD civ. 2003, p. 500, obs. J. Mestre et B. Fages).

De même, la clause prévue par un contrat de collaboration d'un avocat prévoyant une mise en œuvre préalable d'une conciliation par le Bâtonnier s'impose aux parties (Cass. 1^{re} civ., 27-01-2004, Bull. 23).

En serait-il de même lorsque la clause figure dans les statuts d'une organisation professionnelle ? Ainsi dans le règlement intérieur de nombreux barreaux. La réponse doit être négative (la clause ne s'applique pas), sauf si elle figure directement dans le contrat de collaboration (auquel cas, elle s'applique).

C/ Une clause de conciliation et d'arbitrage contenue dans un contrat est malgré sa transmission, opposable à une société tierce agissant en qualité d'ayant droit de l'une des parties au contrat (Cass 1^{re} civ., 06-03-2007, Bull. 91).

D/ Cette clause peut être invoquée pour la première fois en cause d'appel (Cass. com., 22-02-2005, RTD civ. 2005, p. 450, R. Perrot).

E/ Cette irrecevabilité en l'état c'est-à-dire tant que la conciliation n'a pas été mise en œuvre et a échoué s'applique à l'arbitrage (sur ce point et sur l'historique de la question, cf. Rev. arb. 2003. 403, Ch. Jarosson).

La cour d'appel n'a pas à mettre en œuvre elle-même la procédure préalable de conciliation qui relève de la compétence des arbitres (Cass. 1^{re} civ., 06-03-2007, Bull. 91 précité).

III/ Le régime de ces clauses devant le juge des référés

L'existence d'une telle clause –quelle que soit la généralité des termes de l'arrêt de la chambre mixte de 2003- interdit toute action judiciaire immédiate et notamment celle permettant de sauvegarder les droits d'une partie.

La jurisprudence considère cependant qu'elle ne peut geler ou retarder une mesure provisoire judiciaire et qu'il est possible de saisir le juge des référés, que ce soit sur le fondement de l'art. 145 (Cass. 3^e civ., 28-03-2007, pourvoi n° 06-13209, Bull. 43 : la Cour de cassation accepte en disant : « dans le but de réunir des preuves et d'interrompre un délai ») ou 808 ou 809 CPC (CA Paris, 14^e Ch. B, 13 oct. 2006, BICC n° 665, pan., n° 1482 : provision, si urgence).

De même, le juge des référés peut être saisi pour faire fonctionner une telle clause contractuelle (désignation du « conciliateur » par exemple).

L'efficacité de mise en œuvre de la clause comme l'urgence, qui apparaît ici, justifie ces solutions. Il semble que, comme en matière d'arbitrage, il faudra exiger l'urgence dans tous

les cas, même ceux de l'art. 145 ou 809 CPC. La cour d'appel de Paris (23 mai 2001, Rev. arb. 2003, p. 405) l'estime : « l'existence d'un préliminaire obligatoire de conciliation n'exclut pas que la partie intéressée puisse en cas d'urgence saisir le juge des référés d'une demande tendant au prononcé d'une mesure relevant de ses attributions ».

Le professeur Jarosson approuve cette motivation. Le président Ancel, alors président de la 2^{ème} chambre civile, aussi (*Entretiens du Palais*, à Aix en Provence, Gaz. Pal. 28, 29 janvier 2004, p. 74).

Quid de ces clauses devant le président statuant en la forme des référés ? « ne constitue pas un excès de pouvoir le fait pour un juge statuant en la forme des référés (art. 1843-4 C. civ., insusceptible de recours), d'avoir estimé que ne devait pas s'appliquer la clause de conciliation préalable prévue dans un contrat » (CA Paris, 23-02-2011, RG n° 10-8479).

Conclusion

« *Mais vivre sans plaider, est-ce contentement ?* » (Racine ; *Les plaideurs*, vers 250).

« *Depuis qu'il est des lois, l'homme pour ses péchés
Se condamne à plaider la moitié de sa vie
La moitié ? les trois quarts, et bien souvent le tout
Le conciliateur crut qu'il viendrait à bout
De guérir cette folle et détestable envie* »
La Fontaine : XII ; 27.

Yves Strickler

Marcel Foulon

Deuxième partie : L'oralité de la procédure²¹

« L'écrit dessine un archipel dans les vastes eaux de l'oralité humaine » (Georges Steiner, *La haine du livre*, Revue Esprit, janvier 2005, page 6).

La partie la plus importante de la réforme résultant du décret de 2010 concerne la création officielle d'une « mise en état en procédure orale » par les articles 446-1 et s., qui est la reproduction de la « mise en état écrite » du TGI et de la Cour.

L'étude du texte qui la comporte doit se faire en vue d'une application pratique et on ne doit pas oublier la conception originaire et fondamentale du NCPC qu'avait remarquablement résumée l'un des pères de celui-ci, le professeur Cornu aux entretiens de Nice (G. Cornu, *Les entretiens de Nice*, janvier 1976, Revue des huissiers de justice, 01-02-1977, p. 60) :

« Il faut une règle unique mais cette règle a vocation à s'appliquer devant des juridictions différentes non seulement par leur nature mais aussi par leur importance. Les mêmes règles sont destinées à s'appliquer à des affaires très complexes d'autres relativement simples. Il faut donc une règle assez souple, qui ait assez d'élasticité, assez d'étoffe, assez de réserve à donner dans son corps et ses marges pour s'appliquer devant toutes les juridictions, à toutes les affaires ».

Comme dans la mise en état devant le TGI, le juge doit fabriquer un costume adapté à la morphologie de sa juridiction.

Chapitre 1/ Les cas (liste non limitative)

1°/Tribunal d'instance : a. 843 anc. CPC ; 846 nouveau.

2°/Tribunal de commerce : a. 871 anc. CPC ; 860-1 nouveau.

3°/ Conseil de prud'hommes : art. R. 1453-3 C. trav.

4°/Tribunal paritaire des baux ruraux : a. 882 CPC (renvoi à la procédure suivie devant le TI).

5°/Cour d'appel :

a/ a. 946 CPC

b/ Instances intéressant les biens domaniaux : R. 162 code du domaine de l'Etat

c/ Appel devant le premier président des décisions de visites domiciliaires (L. 16 B, L. 38 et R. 288-3 du LPF)

d/ art. L. 222-6 et L. 552-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

e/ Le contredit (v. art. 85)

6°/Tribunal de grande instance :

a/ Contentieux de l'impôt (a. L. 199, L. 199 C, L. 267, L. 268, L. 277 du LPF : procédure orale : R. 202-2.

b/ Instances intéressant les biens domaniaux : art. R. 162 Code du domaine de l'Etat

7°/Référés : pas de texte.

Sans oublier, dans le CPC, les articles 1136-6 (procédure aux fins de mesures de protection des victimes de violences), 1140 (JAF), 1245 (appel des décisions du juge des tutelles et des délibérations du conseil de famille), 1259-3 (mandat de protection future),.

²¹ **Elément bibliographique** : « La place de l'écrit dans la procédure orale », Rapports : par S. Trassoudaine, par E. Jeuland, Rencontre Université-Cour de cassation - "La procédure civile." – 23 janvier 2004.

Chapitre 2/ Les règles

Le décret ne modifie les règles que devant certaines juridictions ; en outre, lorsque le mécanisme de la mise en état écrite n'est pas utilisé, ce sont les règles anciennes qui trouveront à s'appliquer. Il est donc indispensable d'examiner la situation avant ce décret puis après.

Section 1/ Avant le décret du 1^{er} octobre 2010

Lorsque la procédure est orale, le débat n'est lié que par des déclarations faites à l'audience. Pourtant l'écrit conserve un rôle. L'oralité va valoriser le rôle du greffier (par les notes d'audience) et le greffier tient et signe le P.V. d'audience (authentification) - le juge prend des notes.

I/ Le principe : seules comptent les déclarations orales

1°/ Il n'existe pas de « conclusions » au sens de l'a. 815 (pas de notification au sens des a. 753, 672, 673) mais des « **prétentions écrites** » ou des « **écritures** ».

Ne s'appliquent donc pas les art. :

- 455 (selon l'article 455, les conclusions indiquent leur date ; la solution est contraire en procédure orale : la date des écrits est celle de l'audience, cf. Cass. 2^e civ., 8/7/2004, Bull. 381),
- ou 753 (dernières conclusions),
- ou encore, 954 (conclusions d'appel, Cass. 2^e civ., 30/04/2002, Bull. 82 ; n°00-15917).

Il n'existe pas « de dispositif » dans des conclusions ; a fortiori dans des écritures. (on rmq que, depuis le 01-01-2011 (a.11 d.2009-1524 du 09-12-2009), il existe un dispositif dans les conclusions d'appel (a. 954, al. 2) : « la cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif »).

Une déclaration orale peut donc constituer un aveu (cf. Cass. 1^{re} civ., 3 février 1993, pourvoi n° 91-12714, Bull. n° 57) ou interrompre la prescription.

Les prétentions orales sont consignées dans un procès-verbal ou notées au dossier (a. 727).

L'écrit peut cependant être notifié avant l'audience, mais le « temps utile » de l'art. 15 CPC (Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense) est parfois appliqué de manière curieuse : Cass. 3^e civ., 30 janvier 2002, Bull. n° 16 : « si M. X... avait déposé à la barre quelques cent quarante pages de conclusions dactylographiées, le caractère oral de la procédure sans représentation obligatoire devant la cour d'appel privait de fondement la demande des époux Y... tendant au rejet de ces écritures, celles-ci ayant pu être valablement soutenues à l'audience par un plaideur comparant en personne ». V. *contra* : Cass. soc., 02 janv. 2009, n° 0744453, n° 07-44493, n° 0744494, n° 0744495 : pièces écartées du débat car non communiquées en temps utile au sens de l'at. 15 et 135 CPC. Dans le même sens : Cass. 2^e civ., 05 mars 2009, n° 08-13826.

Les écritures déposées avant l'audience et dont la production n'a donné lieu à aucune contestation sont réputées... avoir été régulièrement produites et soumises à la libre

discussion des parties.

La récapitulation ne concerne pas les conclusions écrites dans une procédure orale.

On remarquera que si, en procédure orale, les conclusions écrites d'une partie ne saisissent valablement le juge que si elles sont réitérées verbalement à l'audience, leur dépôt peut constituer une diligence, lorsqu'il a été ordonné par la juridiction pour mettre l'affaire en état d'être jugée (Cass. soc., 11 juin 2002, pourvoi n° 00-42654, Bull. n° 202 : la cour d'appel a prononcé la radiation de l'affaire, en subordonnant la reprise de l'instance par l'appelante au dépôt de ses conclusions au fond ; par la suite et en l'absence de ce dépôt, l'arrêt constate la péremption de l'instance d'appel).

Bannir la pratique dite de la « continuation » (entendre le demandeur et renvoyer à l'audience suivante pour la défense, en considérant néanmoins qu'il n'y a pas eu d'interruption dans la prise de parole...).

2° La partie doit être présente à l'audience ou représentée

Présence à l'audience :

= physiquement (personnellement ou par représentant autorisé par la loi).

- toute pièce ou écriture envoyée par la poste ou déposée, sans comparaître, est irrecevable (exception : demande d'AJ). Les prétentions écrites sont donc irrecevables en l'absence physique des parties pour s'y référer à l'audience.

- ce devoir s'impose normalement pour toute audience (audience d'orientation, d'instruction, juge rapporteur,...). Ceci étant, si une partie est présente à une audience et soutient oralement ses prétentions tout en déposant des écritures, « le juge [demeure] saisi de celles-ci [et est] tenu de statuer [dans une audience ultérieure] sur leur bien-fondé » (Cass. 2° civ., 17 décembre 2009, n° 08-17357, Bull. 291 ; rapp. art. 469 : si, après comparution, une partie s'abstient, le juge statue par jugement contradictoire au vu des éléments dont il dispose, cf. CA Paris, 02-03-2011, RG n° 10/24922).

Une solution spécifique concerne le renvoi après cassation (art. 634) : devant la juridiction de renvoi, les parties qui ne comparaissent pas « sont réputées s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elles avaient soumis à la juridiction dont la décision a été cassée ». Le texte est applicable aux procédures orales (Cass. soc., 10 décembre 1997, n° 94-42185, Bull. n° 433).

Art. 634 : « Les parties qui ne formulent pas de moyens nouveaux ou de nouvelles prétentions sont réputées s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elles avaient soumis à la juridiction dont la décision a été cassée. Il en est de même de celles qui ne comparaissent pas ».

3° La parole prime l'écrit :

Deux hypothèses :

- si toutes les parties sont présentes, c'est le dernier état de la demande qui est retenu, donc une demande orale. Les constatations du juge en ce domaine font foi jusqu'à inscription de faux et s'imposent malgré des écritures contraires.

- si seul le demandeur comparaît, l'écrit reprend son rôle et le juge ne peut statuer que sur la demande figurant dans l'assignation. Il en est de même si seul le défendeur comparaît (sauf à « demander au juge de déclarer la citation caduque », art. 469, al. 2 CPC°).

4° L'ordre chronologique subsiste (a. 74 ; J.-D. Bretzner, *Exception d'incompétence et oralité des débats : le triomphe de la parole sur l'écrit ?*, Gaz. Pal. 1997. 1. 222) :

L'on sait que lorsque la procédure est écrite, une partie n'est pas recevable à soulever une exception de procédure après une fin de non-recevoir peu important que ces incidents aient été présentés dans les mêmes conclusions. En est-il de même dans une procédure orale ? Oui

(Cass. 2^e civ., 16/10/2003, Bull. n° 311 ; 1^{er} oct. 2009, n° 08-14135, RTD civ. 2010, p. 153, obs. R. Perrot), mais cet ordre ne joue que lorsque la partie concernée a la parole. Le défendeur qui dépose des écritures au fond avant l'audience peut donc encore soulever, à l'audience, des exceptions de procédure, mais à condition de commencer par elles !

Dans une affaire ayant donné lieu à une décision du 02 mars 2001, la CA de Paris (Pôle 1, Ch. 2, RG n° 10/24922) déclare que l'article 74 du Code de procédure civile s'applique « également aux procédures orales [et que, par conséquent], les exceptions doivent être soulevées simultanément avant toute défense au fond ; que lorsque la procédure est orale, les prétentions écrites déposées contradictoirement à l'audience sont réputées avoir été lues ; Que M. ■■■ a déposé des écritures à l'audience du 21 octobre 2009, tendant exclusivement à la nullité de l'assignation (ce que reconnaît celui-ci et qui résulte desdites écritures) avant que l'affaire ne soit renvoyée au 17 mars 2010 puis au 21 octobre 2010, dates auxquelles ont été soulevées les exceptions d'incompétence ; Que le premier juge a, avec pertinence, constaté que les exceptions d'incompétence n'ayant pas été soulevées simultanément avec celles de nullité, étaient irrecevables, peu important que les exceptions soulevées le 21 octobre 2009 n'aient pas été maintenues ultérieurement ».

Lorsqu'une procédure de conciliation existe, cette exception peut n'être soulevée qu'au début de la phase de jugement. Ainsi l'exception pourra n'être soulevée qu'après la phase de conciliation (pour le conseil de prud'hommes : Cass. soc., 22-01-1975, Bull. 28 ; 26-07-1984, Bull. 333. Pour le Tribunal paritaire des baux ruraux : Cass. 3^e civ., 20-02-1970, D. 1970. Somm., 143).

Le fait pour un défendeur d'appeler en cause son propre garant lui interdit ensuite de décliner oralement la compétence du tribunal.

5° La fiction de l'oralité : les prétentions écrites déposées sont réputées avoir été lues. Il faut donc faire acter ses moyens pour pouvoir, ensuite, invoquer un défaut de réponse à conclusion.

6° L'instance est liée par les débats et la clôture de ceux-ci fige celle-là.

Ce qui signifie qu'une demande nouvelle est recevable jusqu'à la clôture des débats (a. 445 : « Après la clôture des débats, les parties ne peuvent déposer aucune note à l'appui de leurs observations, si ce n'est en vue de répondre aux arguments développés par le ministère public, ou à la demande du président dans les cas prévus aux articles 442 et 444 »).

Le juge doit renvoyer l'affaire si les pièces décisives ont été communiquées le jour même de l'audience mettant ainsi le défendeur dans l'incapacité de répondre.

Comment dans ces conditions éviter les renvois dilatoires tout en faisant respecter les droits de la défense ?

- art. 135 : « Le juge peut écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile ».

- art. 3 exige le dépôt de prétentions écrites avant telle date (a. 844 –demander les explications utiles aux parties ; a. 862, al. 2).

7° Rappel (cf. *supra* 1°) : une pratique à bannir absolument : « la continuation »

8° La qualification du jugement : contradictoire (jugement en premier ressort **et** citation à personne), réputé contradictoire (une des deux conditions précitées est seulement remplie) par défaut (aucun des deux termes n'est présent), v. art. 467.

Il convient de se référer à la comparution ou l'absence de comparution à la dernière audience de jugement (art. 473-474 – la référence de date est celle de la dernière audience, qui

correspond, en procédure orale, à la demande).

II/ Les exceptions (prise en compte des écritures)

1/ Les actes introductifs d'instance : ils sont normalement écrits. Et si c'est une assignation, art. 56 ⇒ indication des pièces sur bordereau annexé.

2/ Les règles de preuve s'appliquent (art. 1341 c. civ.) : preuve littérale + communication à l'adversaire (art. 15 CPC – cette communication peut toutefois être réalisée à l'audience ; un renvoi sera opéré si l'adversaire le demande dans le but de contester la preuve écrite (application de l'art. 16, le juge doit respecter et faire respecter le principe de la contradiction ; c'est aussi en raison du principe de contradiction qu'un plaideur ne peut pas, oralement, former une demande nouvelle ou reconventionnelle alors que son adversaire est défaillant : Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-15904, Bull. n° 188).

3/ Quand il ne s'agit pas d'alléguer une prétention, l'oralité ne s'impose plus. Il s'ensuit qu'un écrit peut alors produire plein effet :

a/ Sur la prescription : des écritures peuvent interrompre la prescription lorsque l'audience prévue doit se tenir après l'expiration de cette prescription (ex. Cass. soc., 9 mars 2005, RTD civ. 2005, p. 452, obs. R. Perrot) ;

b/ Sur le désistement : une lettre de désistement adressée au greffe fait immédiatement produire l'effet extinctif de l'instance, sous réserve d'être antérieure au dépôt d'une demande incidente. Sur ce second point, en effet, « lorsque dans une procédure orale une demande incidente a été formulée par un écrit déposé au greffe antérieurement au désistement d'appel, l'égalité des armes et l'exigence d'un procès équitable imposent qu'il soit statué sur la demande incidente soutenue à l'audience » (Cass. Ch. mixte, 13 mars 2009, pourvoi n° 07-17670, Bull. ch. mixte, n° 1, D. 2009. AJ. 880, JCP 2009. act. n° 166, RTD civ. 2009. 369, obs. R. Perrot). La solution, retenue dans une procédure en recouvrement d'honoraires (qui est aussi orale), est générale. Désormais, la date de réception des conclusions au greffe seront déterminantes, étant rappelé qu'en procédure orale, il faudra cependant, pour leur validité, qu'elles aient encore été présentées à l'audience.

III/ La double présomption de vérité et de respect du principe de la contradiction

Une double présomption de vérité et de respect du principe de la contradiction est attachée à l'ordonnance du juge.

Les moyens retenus par la décision, y compris ceux soulevés d'office, sont présumés (présomption simple) avoir été débattus contradictoirement.

Il en va de même de la présomption de respect du principe du contradictoire, qui cède devant la preuve contraire.

La charge de la preuve contraire incombe aux parties. Cette solution essuie la critique de la doctrine (Dalloz Action 2009-2010, dir. S. Guinchard, § 332-41, p. 732 et p. 734), pour qui il est impossible, en réalité, d'apporter la preuve contraire en l'absence de mention dans le jugement ou le dossier du tribunal. La seule solution pour elles est de passer par l'écrit, auquel les parties se référeront à l'audience (ce dont il sera laissé trace au dossier).

On remarquera que la Cour de cassation exige qu'il résulte des énonciations du jugement que les parties ont été mises en demeure de fournir des explications sur le fond, ainsi que l'énonce l'art. 76 CPC (Cass. 2^e civ., 1^{er} avril 2004, pourvoi n° 02-14303, Bull. n° 148 (TI) ; 18 mars 1992, pourvoi n° 90-19976, Bull. n° 88 (TI) ; 10 octobre 1990, pourvoi n° 89-13915, Bull. n° 189 (TI) ; 14 novembre 1979, pourvoi n° 78-14468, Bull. n° 267 (T. com. : l'arrêt d'appel, cassé, avait estimé que « la procédure devant le tribunal de commerce est orale et que les dispositions de l'article 76 [...] ne s'appliquent pas devant cette juridiction).

IV/ Transcription de l'oralité par le juge

1/ A l'audience

a/ Bien séparer la phase conciliatoire (devant le TI : assignation à toutes fins), de la phase de jugement et prévenir clairement et fortement les parties de ce « basculement ».

Dans la première phase une déclaration d'une partie ne peut jamais constituer un aveu ; cette phase est assimilable à une « audition » des parties au sens de l'a.20. CPC, qui a un but « conciliatoire ». En revanche, une déclaration d'une partie peut constituer un aveu dans la seconde phase (Cass. 1^{re} civ., 3 février 1993, pourvoi n° 91-12714, Bull. n° 57). La situation est assimilable à celle des a. 184 et s. CPC (comparution personnelle des parties).

b/ Les prétentions orales sont consignées dans un procès-verbal ou notées au dossier (a. 727). En cas de dépôt d'écritures le juge doit demander au plaideur de lui signaler ce qui différencie ses propos de ses écrits puisque seules ces différences seront notées.

En cas de différence entre les écrits et les propos tenus à la barre, ce sont ces derniers qui l'emportent.

c/ Les prétentions écrites sont visées par le greffier et un exemplaire est remis à la partie adverse (note Perdriau, sous Cass com., 31-01-1995, Gaz. Pal. 19, 20 juillet 1995).

2/ Dans sa décision

Le juge peut se borner à viser l'assignation (a. 455) même si cette solution est à déconseiller.

Peut-il le faire pour des *écritures* alors que le texte ne vise que les *conclusions* ?

Quoiqu'il en soit il doit absolument préciser quelles écritures ont été soumises au juge : le plus simple est de les identifier par leur date de dépôt à l'audience.

Section 2/ Après le décret du 1^{er} octobre 2010

Comme il a été dit plus avant, le juge doit créer un habit adapté à sa juridiction et le code lui donne tout ce dont il peut avoir besoin pour ce faire. Il doit avant toute chose vérifier que tous les tuyaux de la « mise en état » sont de même diamètre, puisque l'évacuation finale sera celle du plus petit de ces tuyaux, et vérifier que le greffe pourra effectuer le (gros) surplus de travail qu'imposent l'envoi et la gestion des LRAR. Il ne doit pas oublier que la gestion de masse impose la simplicité.

La recherche de la simplicité est d'ailleurs à l'origine des procédures orales, sensées les plus utiles à un accès ouvert au juge.

I/ Dispositions générales - Les dispositions communes à toutes les juridictions

Communes à toutes les juridictions, ces dispositions pourront par conséquent s'appliquer devant toutes les juridictions de l'oralité. Elles trouveront leur place notamment devant les grosses juridictions de référé.

1° Rappel du **principe : l'oralité** (art. 446-1, qui indique, toutefois, ce qui était déjà admis avant le décret, à savoir que les parties peuvent se référer aux prétentions et moyens éventuellement formulés par écrit).

L'oralité est d'ailleurs présentée comme le fait pour les parties de présenter « oralement à l'audience leurs prétentions et les moyens à leur soutien » (art. 446-1). C'est une sorte de définition du concept.

Mais dès l'alinéa second du texte, apparaît l'**exception au principe** posé : il est prévu que, lorsqu'une disposition particulière le prévoit, l'introduction d'une procédure écrite est possible : « les parties peuvent être autorisées à formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit sans se présenter à l'audience » (ceci étant, dern. phrase : le juge peut toujours revenir à une présence des parties à l'audience). A l'issue de la procédure écrite, le jugement qui sera rendu est contradictoire. Les dispositions particulières prévoyant cette faculté sont : TI et juge de proximité (art. 847-1), T. com. (art. 861-1), CA (art. 946), Jex (art. 13-1 d.31/07/1992), T. aff. sécu. soc. (art. R. 142-10 C. sécu. soc.), T. contentieux de l'incapacité (art. R. 143-10-1 C. sécu. soc.), Cour nationale de l'incapacité (art. R. 143-26 ; pour les parties qui adressent un mémoire à la cour / R. 143-25). Cet alinéa second ne s'applique donc pas aux référés (y compris aux référés d'instance), aux contredits, etc...

2° Organisation des débats - Aménagements apportés à la procédure orale : formulation écrite des moyens et prétentions ; calendrier des échanges (art. 446-2)

Instruction. A l'audience le juge peut organiser une mise en état avec un calendrier de procédure pour l'échange des écritures (a. 446-2). La date des prétentions et moyens est alors celle de la communication des écrits concernés entre les parties.

Dernières écritures. Dans la perspective de l'organisation des échanges, il faut :

- prévoir des dernières écritures au sens de l'art. 446-2, al. 2 (« le juge peut, avec leur accord, prévoir qu'elles seront réputées avoir abandonné les prétentions et moyens non repris dans leurs dernières écritures communiquées »),
- prévoir une date butoir qui équivaut à une clôture partielle (al. 3) pour les écritures et les communications de pièces (al. 4),
- exiger (dans certains cas, par ex devant la Cour : a. 946, 939, 940), que les dernières écritures mentionnent par un trait dans la marge ce qui les différencient des précédentes.
- a. 446-3 : inviter les parties à présenter des explications de fait et de droit + mettre en demeure de produire les documents et justificatifs propres à l'éclairer et, à défaut, tirer « toute conséquence de l'abstention de la partie ou de son refus » [càd renvoyer au fond ou radier, mais pas statuer au fond !] : ce pouvoir est celui des anciens a. 844, 862, al. 2. A noter que le juge de l'oralité conserve toujours plus de pouvoir que le JME, puisque ce dernier ne peut d'office ordonner la production d'une pièce (a. 762, 142, 138 CPC).

3° **Sanction** de la méconnaissance de leurs obligations par les parties

- rappeler l'affaire à l'audience pour la juger ou la radier (art. 446-2 dern. al.),
- écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiquées sans motif légitime, après la date fixée pour les échanges **quand** la tardivité a porté atteinte aux droits de

la défense (art. 446-2 : Le juge peut écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense). Les deux conditions, cumulatives, sont très restrictives de la sanction.

II/ Dispositions particulières

A/ TI et juridiction de proximité

L'oralité aménagée : les parties peuvent être autorisées à ne pas se présenter à l'audience. Deux systèmes se révèlent :

1/ Demande d'une partie

Art. 847-1 : « La formation de jugement qui organise les échanges entre les parties comparantes peut, conformément au second alinéa de l'article 446-1, dispenser une partie qui en fait la demande de se présenter à une audience ultérieure ».

Une première audience orale devra donc se tenir. Il serait peut-être utile de prévoir la possibilité de demander cela par écrit... mais en l'état des textes, l'interprétation ne peut être admise.

La suite du texte prévoit que, dans le cas d'une autorisation donnée par le juge, « la communication entre les parties est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par notification entre avocats et il en est justifié auprès du tribunal dans les délais qu'il impartit ».

Sur cette justification, la date de référence sera celle indiquée par les articles 668 et 669 CPC (et spéc. l'article 667 : « la date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition, et, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre »).

2/ Délai de paiement

Art. 847-2 : « Sans préjudice des dispositions de l'article 68 [qui prévoit que les « demandes incidentes sont formées à l'encontre des parties à l'instance de la même manière que sont présentés les moyens de défense »], la demande incidente tendant à l'octroi d'un délai de paiement en application de l'article 1244-1 du code civil peut être formée par déclaration faite, remise ou adressée au greffe, où elle est enregistrée. L'auteur de cette demande doit justifier avant l'audience que l'adversaire en a eu connaissance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Les pièces [justificatives] que la partie invoque à l'appui de sa demande de délai de paiement sont jointes à la déclaration ».

Et, alinéa 2 : « L'auteur de cette demande incidente peut ne pas se présenter à l'audience, conformément au second alinéa de l'article 446-1. Dans ce cas, le juge ne fait droit aux demandes présentées contre cette partie que s'il les estime régulières, recevables et bien fondées ».

L'idée est de simplifier la procédure lorsque le débiteur n'a, fondamentalement, qu'une demande de délai à formuler (puisque « L'auteur de cette demande doit justifier avant l'audience que l'adversaire en a eu connaissance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception »). On peut cependant se demander si la présence à l'audience ne permettrait pas de trouver plus facilement échéances et montants adéquats, compte tenu de la situation respective des plaideurs... Une explication possible est le constat réalisé que les oppositions à injonction de payer sont souvent réalisées uniquement pour obtenir des délais de paiement.

c/ A la question de savoir si le décret s'applique à la procédure de saisie des rémunération du travail (question posée pendant la séance), la réponse consiste en un renvoi à la procédure régie par le Code du travail, auquel le décret n'opère pas renvoi.

B/ Tribunal de commerce

1/ Le recours à la conciliation est favorisé (cf. *supra*)

Art. 860-2 : « Si une conciliation entre les parties apparaît envisageable, la formation de jugement peut, avec l'accord des parties, désigner un conciliateur de justice à cette fin. Cette désignation peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier ».

Avec le décret, le juge consulaire peut désormais déléguer sa mission de conciliation. Non seulement au début de la procédure, mais aussi plus tard, ce pouvoir appartenant également au juge rapporteur (art. 863, al. 2).

2/ L'oralité aménagée

Les parties peuvent être autorisées à ne pas se présenter à l'audience. Les deux systèmes qui se sont révélés pour le TI et la juridiction de proximité se déclinent de la même manière ici (renvoi *supra*), art. 861-1 et art. 861-2.

3/ Le juge rapporteur

Ce juge, qui dispose de pouvoir de mise en état, se voit accorder de nouvelles prérogatives avec le décret.

Avant le décret (sachant que ces pouvoirs ont été conservés avec le décret) : ce juge peut :

- entendre les parties et les inviter à fournir des explications de fait et de droit ainsi que de produire tout document utile à éclairer le tribunal, sous peine de renvoyer l'affaire au tribunal qui en tirera toutes les conséquences d'une abstention ou d'un refus (a. 862),
- constater la conciliation des parties (a. 863),
- procéder aux jonctions et disjonctions d'instance (a. 864),
- ordonner toutes mesures d'instruction, trancher les difficultés de communication de pièces et constater l'extinction de l'instance et, dans ce cas, statuer sur les dépens (a. 865),
- tenir seul l'audience de plaidoiries (a. 869).

Depuis le décret (pouvoirs ajoutés) :

Le juge rapporteur peut :

- désigner un conciliateur de justice (a. 863, al. 2),
- statuer sur les frais de l'art. 700 en cas d'extinction de l'instance (il n'était autorisé à le faire que pour les dépens),
- dispenser une partie de se présenter à une audience ultérieure (a. 861-3),
- sur les explications des parties : nouvelle formulation de l'art. 446-3 (mais ne devrait rien changer pour le juge rapporteur qui ne peut pas trancher le fond),
- fixer, avec l'accord des parties, les délais et conditions de communication des prétentions, moyens et pièces (a. 446-2), sachant que la technique des dernières écritures (a. 446-2) peut être utilisée lorsque les parties acceptent de recourir à une instruction écrite.

En revanche, on constate que le décret ne prévoit pas, devant le juge rapporteur, la possibilité d'une ordonnance de clôture. La mise en état devant le tribunal de commerce reste moins cadrée que celle prévalant devant le TGI.

C/ Tribunal paritaire des baux ruraux

La procédure devant le TPBR est celle du tribunal d'instance sous quelques réserves. Les modifications apportées par le décret sont les suivantes :

- les parties étaient tenues de comparaître en personne ou d'être représentées ; désormais, ceci ne vaut plus que pour la tentative préalable de conciliation (art. 883) et encore : sauf à se faire représenter en cas de motif légitime (que le texte ne définit pas).
- la saisine du tribunal peut désormais s'opérer par déclaration au greffe (remplace la saisine par LR avec AR) ou par acte d'huissier de justice adressée au greffe (inchangé). Mentions de l'article 58 (identification des parties + objet de la demande).
- la possibilité de déléguer la conciliation à un conciliateur de justice (art. 887) ;
- le décret supprime l'article 888, al. 3 (faculté qu'à le juge d'inviter les parties à fournir les explications qui lui paraissent nécessaires à la solution du litige + mise en demeure de produire tout document), mais la disposition subsiste à l'article 446-3 qui vaut pour toute procédure orale. Il n'y a donc pas ici de changement.
- la procédure étant celle du tribunal d'instance, l'organisation d'une mise en état écrite, en l'absence de dispositions spéciales contraires, est possible ; ce qui correspond à une dispense de comparution.
- les décisions restent à notifier, par le greffe, par LR avec AR, mais le délai de trois jours qui figurait expressément à l'article 891 disparaît. On dira tout de même que l'exigence d'envoyer autant de lettres recommandées que de parties peut avoir une conséquence terrible pour le greffe en volume.
- l'opposition est désormais ouverte contre les décisions du TPBR (art. 892), dans un souci de renforcement des droits de la défense. L'instance sur opposition commencera par le préalable de conciliation, puisqu'il est obligatoire.

D/ Cour d'appel (pour la procédure sans représentation obligatoire)

Dispense de présentation = art. 946 ; instruction, art. 446-2 et pouvoirs, art. 446-3.

E/ JEX

Le décret procède à des ajustements pour « nettoyer » le décret de 1992 de doublons apparus avec la création de disposition générale en matière de procédure orale.

Il s'agit essentiellement de :

- la suppression de l'alinéa 2 de l'article 13 (= art. 446-1) ;
- la création d'un article 13-1 pour autoriser le Jex à dispenser une partie qui en fait la demande de se déplacer une audience. La communication entre les parties se fera alors par LR avec AR ou notification entre avocats et il doit en être justifié auprès de la juridiction dans les délais qu'elle impartit ;
- la comparaison des deux versions de l'art. 14 du décret de 1992 révèle, non un changement de pure forme mais une conséquence possiblement lourde sur le fond :

Ancien texte de l'art. 14 : « Toute partie peut aussi exposer ses moyens par lettre adressée au juge de l'exécution, à condition de justifier que l'adversaire en a eu connaissance avant l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La partie qui use de cette faculté peut ne pas se présenter à l'audience. Le jugement rendu dans ces conditions est contradictoire.

Néanmoins, le juge a toujours la faculté d'ordonner que les parties se présentent devant lui ». Le nouveau texte déclare que : « En cours d'instance, toute partie peut aussi exposer ses moyens par lettre adressée au juge de l'exécution, à condition de justifier que l'adversaire en a eu connaissance avant l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La partie qui use de cette faculté peut ne pas se présenter à l'audience, conformément au second alinéa de l'article 446-1 du code de procédure civile » [texte qui dit que, lorsqu'une disposition particulière le prévoit, les parties peuvent être autorisées à formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit sans se présenter à l'audience]. Faudra-t-il désormais obtenir l'autorisation du juge ? Si on se contente du principe général visé par le texte (possibilité d'une dérogation à l'oralité de la procédure) on pourra procéder comme par le passé (c'est tout de même un objectif de simplicité et de sécurisation de la procédure que le texte entendait poursuivre !) ; mais si l'on se tient à une lecture strictement littérale de l'art. 446-1, l'autorisation du juge sera désormais requise ! Cette seconde interprétation serait à éviter.

F/ Juridictions de la sécurité sociale (tribunaux des affaires de sécurité sociale, tribunal du contentieux de l'incapacité, Cour nationale de l'incapacité)

- l'injonction de payer est désormais ouverte aux organismes de sécurité sociale (art. R. 142-27-1 C. sécu. soc.) ;
- les dispositions générales des articles 446-1 et 446-2 s'appliquent ici aussi ;
- la partie qui le souhaite peut se limiter à exposer ses moyens (pas ses prétentions) par lettre simple adressée au tribunal et lettre recommandée avec demande d'accusé de réception à la partie adverse. Elle est alors dispensée de se déplacer (ce qui peut être intéressant pour la partie demanderesse, qui a émis ses prétentions dans la demande introductive d'instance).

Conclusion : une réforme a minima ; restriction de l'oralité mais pas de suppression (ce qui aurait sans doute conduit à rendre la représentation obligatoire).

Yves Strickler

Marcel Foulon